



医療と人権

著者	大谷 實
雑誌名	同志社法學
巻	70
号	2
ページ	909-931
発行年	2018-07-31
権利	同志社法學會
URL	http://doi.org/10.14988/pa.2019.0000000344

医療と人権

大 谷 實

I 新しい人権問題

(1) 人権とは何か

医療の技術や交通機関、コンピュータといった科学文明の飛躍的な進歩によりまして、社会環境は大きく変わってまいりました。加えて、内外のグローバル化に伴い、人権問題は、多様化、複雑化しつつあります。差別を中心としたこれまでの人権問題に加えて、新しい人権問題が論じられるようになった所以であります。

こうして、医療における人権とか、子供に関する人権、高齢者の人権、障害者の人権、性的指向に関する人権、コンピュータに関連する人権の問題等が取り上げられるようになった次第ですが、それでは人権問題にいう「人権」とは、そもそも何を根拠として認められるのか、その中身は何かが問題となります。権利を主張する場合に、すぐに人権を持

ち出すのは、行き過ぎた人権主義であり、今や「人権のインフレ現象」の時代だと皮肉った評論家もいます。そのような誤った風潮をただす意味でも、人権の本質をしつかり学んでおく必要があります。

そこで、そもそも人権とは何かが問題となる訳ですが、今から七〇年前に採択された「世界人権宣言」を見ますと、「すべての人は、生まれながらにして、等しく自由かつ独立した権利を持っている」とうたい、これが基本的人権であるとされてきました。そして、この人権宣言から様々な人権が明らかにされてきました。しかし、生まれながらにして持っている権利といいますが、そこから具体的な権利が明らかになるわけではありません。新しい人権問題に対応する場合、何よりもまず大切なのは、日本の憲法に定めている「人権の規定」を前提にする必要があります、このことを銘記しておくべきです。

(2) 日本国憲法上の基本的人権

もちろん、国連を中心とする人権の国際化も大切でありまして、世界人権宣言や国際人権規約といった条約を踏まえて人権を考えることも、もちろん重要です。しかし、人権保障として効力を持つのは、最高法規としての日本国憲法なのですから、憲法自体が定めている人権をはっきりさせておく必要があります。

そこで、日本の憲法の人権規定を見ますと、大きく六つありまして、①法の下の平等、②自由権、③受益権、④参政权、⑤社会権、そして、最も基本的な⑥包括的基本的人権に分けることができます。それらの基本的人権は、例えば、法の下での平等を定めている憲法一四条のように、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」というように、それぞれ明文で細かく規定されています。ところが、今日お話しする医療における人権のように、憲法で規定されていない場合、どう扱えば

良いかが問題となります。この点、裁判所や法学者は、今の憲法ができてからしばらくの間、憲法に明文で規定されていない基本的人権はあり得ないと考えていたようです。

しかし、例えば、犯罪被害者の人権が犯罪被害者等基本法によって、新たに法律で認められたことから分かりますように、新しい人権問題が発生するに従い、これから度々話題にする憲法一三条を根拠にして、裁判所や法律家も新しい人権の存在を認めるようになってまいりました。

憲法一三条をご覧いただきましょう。「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と書かれています。この憲法一三条は、あとで詳しく検討しますが、個人主義と幸福追求権を定めており、現在の憲法の中核となっている規定であります。この規定を根拠として、これまで、プライバシーの権利や環境権、特に、医療における人権が本格的に議論されるようになりました。

Ⅱ 憲法二五条と健康権

(1) 健康権の意義と憲法二五条

そこで、医療に関連する人権問題について申しますと、憲法の規定では、只今の憲法一三条と二五条が関係します。憲法一三条は、包括的基本的人権としてすべての人権規定の理念となっているものですから、個人主義に立脚した幸福追求権は、医療の在り方を考える場合も、当然前提となります。

一方、この幸福を支えるために欠くことのできないものが「人の精神的・身体的な」健康です。憲法二五条は、「す

べて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」と定めています。この規定は、ご存知のようにいわゆる生存権の保障を定めたものであり、国民は、だれしも人間的な生活をおくることができることを権利として宣言したものであります。したがって、国は、この生存権を具体化する法律を作る法的義務を有しており、生活保護法とか児童福祉法、老人福祉法、身体障害者福祉法などの社会福祉に関する法律が制定されているゆえんです。

ただ、ここで見逃してならないのは、「健康で文化的な」としている点です。憲法学者はあまり重視していないようですが、「文化的な」とされている点はさておき、私は、「健康で」とされている点に注目したい。

そもそも健康とは、心身の健やかな状態、広辞苑によりますと、「体に悪いところがない健やかなことである」としていますが、要するに「一人一人の個人が、社会の中で、心身の健やかな状態で生活できていること」が健康な状態だという訳です。そこで憲法二五条は、健康が幸福追求権の基礎になるということを前提として、国民は健康の保持・増進を国に求める権利、つまり健康権が認められ、憲法がこれを保障していると考えることができます。

憲法二五条は、単に生きることそれ自体としての「生存権」を定めているに過ぎないように考えられがちですが、それと併せて、心身ともに健康で文化的に生きる権利を基本的人権として保障しているのです。私は、皆さんに特にこの点を強調したいのです。日本も批准している国際人権規約一二条では、「この規約の締結国は、すべての者が到達可能な最高水準の身体的及び精神的健康を享受する権利を有する」と規定しているところです。

したがって、健康を維持・促進するための施策を講じるとともに、ひとたび人が健康を害して病気になったときには、医療によって病気の回復を図り、社会復帰できるようにすることは、国の重要な役割・任務となります。この観点から、国は医療を実施するための制度として、医者の資格や職務について定める「医師法」という法律、また、医療を行う施設としての「病院や診療所」について定める「医療法」、この二つの法律を中心として、健康保険関係、病氣

の予防関係、保健衛生関係など、実に沢山の法律が作られています。これらの法律を根拠として、今日の我が国における医療体制が形成されているのです。

ちなみに、現在の日本の医療体制を概観してみますと、医師は、全国で約三十一万人おりまして、人口一〇万に対して医師の数は六七人、医療施設は、病院数が精神科病院も含めて一七万ほどあります。参考までに京都府を見ますと、医師の数は人口一〇万人に対して八四人であり、全国平均六七人に比べ非常に多く、病院や診療所も全国で一位です。もっとも、世界の先進諸国と比べてみた場合、病院の数は多いのですが医師の数が相対的に少ないようで、医師不足が指摘されるとともに、今でも著名な病院では患者であふれているのが実態でありまして、行政上の対応が必要だと思います。

この観点から、我が国の医療供給体制の基本となる医療法の改正が問題となり、一九八五年の第一次医療法の改正から二〇一四年の第五次医療法の改正に至るまで、医療資源の地域的偏在の是正が図られ、また、二一世紀の高齢化社会に向けて国民の医療ニーズの高度化・多様化に対応するために、一九八五年の第一次から二〇一四年の第五次の医療法改正が実施され、医師不足や医療施設の偏在といった問題の解決が図られつつあります。

(2) 医療事故と医療過誤

只今申しましたように、国や自治体の努力によって時代に即応した医療体制は徐々に整いつつあるようですが、いかに病院や診療所の医療設備が整備されても、実際に診療を行う医師や看護師などの医療関係者が適正な診療を行わないで、患者の病状を悪化させ、また、死亡させてしまったのでは、人権を確保することはできません。二〇〇六年度の第五次医療法の改正では、医療の安全の確保のために医療従事者の資質の向上がうたわれ、医療事故の防止が強調さ

れている所以です。

ところで、只今医療事故と申しましたが、医療事故とは、医師等の医療従事者が医療を提供したところ、予想に反して患者が死亡したり健康状態が悪くなったりすることをいいます。只今は、外科手術を中心に、医療技術が凄まじい勢いで進歩しているために、この医療事故の件数は非常に増えているのですね。医療事故を防止するために、二〇〇六年の第五次医療法改正は、国や都道府県は、医療の安全確保のために、必要な措置を講じなければならないとしているところです。

医療事故に関連して、施設をどれだけ充実させても、医者や看護師・薬剤師といった医療関係者が、ミスをしないうでさちつと治療しなければ思わぬ事故が起こる。医療事故のうち、医師や病院側にミスや過失がある場合、これを「医療過誤」といいます。時々、新聞などで医療事故と医療過誤の区別をしないで報道されることがありますが、両者をはっきりと区別して考える必要があります。このような事故は、まさに人為的な事故でありますから、医療の技術に従ってさちつと処置をすれば、事故は防げるのですね。したがって、医療と人権で最も重要な点は安全な医療であり、いやしくも診断や治療で患者を死なすようなことがあつてはならないのです。私は、医療と人権の最大の課題は、安全な医療の確保であることを訴えたいのです。しかるに、医療過誤事件は後を絶たないばかりか、裁判になるケースはむしろ増えていくというのが現状です。

それでは、医療過誤事件を無くするためにはどうすればよいかですが、勿論、お医者さんなどの医療従事者がミスをしないように、国が指導することも重要です。しかし、現在診療に当たっている人は、医者だけでも三〇万人もいるのですから、注意を喚起するだけでも大変であり、効果も上がりません。国は安全な医療のために力を尽くす必要がありますが、治療の仕方をさちつと守っていれば医療過誤を避けることができるのですから、一番大切であり、効果が

ありますのは、医者の注意力を喚起するために、患者側が医師の責任を法律上追求し、国は制裁を科すことです。この法律上の制裁としては、三つの場合があります。一つは、損害賠償を中心とする民事法上の制裁、二つ目は、懲役や罰金による刑事法上の制裁、それから三つ目は、医師免許の停止を中心とした行政上の制裁です。

(7) 医療過誤と民事責任

適切な診療を確保するために最も有効な方法は、患者側が医師の責任を追及し、適切な損害賠償金ないし慰謝料を取ることです。この点、最高裁判所が公表している医療過誤訴訟を見ますと、一九九八年から一九九九年の二年間は、いずれも六〇〇件台でしたが、二〇〇〇年以降は毎年一〇〇件のペースで増加し、ピーク時の二〇〇四年は、実に一一一〇件を数えたのです。その後、二〇〇五年以降は減少に転じまして九〇〇件程度になっていますが、このうち、半分近くが医療側のミス、過失が認められておりまして、医療過誤事件は、依然として多発していることが窺われます。

なお、今まで医療ミスと言ってきましたが、ここでミスと言いましたのは、うかつさ、不注意つまり過失のことです。法律で過失という言葉がよく使われますが、その意味は不注意ということでありまして、例えば、外科手術で言いますと、手術に手違いがあった場合、注意すれば避けることができたのに、不注意で精神の緊張を欠いたから手違いが生じ、出血多量で死亡させてしまったというような場合をいいます。薬品の処方間違い、診断の誤りつまり誤診など、医療上の過失にはいろんなケースがありますが、要は、注意すれば結果を防止することができたのに、不注意のために死なせてしまったというような場合が医療ミスです。患者側は、例えば、死亡事故について申しますと、それによって失われた利益つまり逸失利益の損害賠償、さらに精神的な苦痛に対する慰謝料を医師側に請求することになりますが、民事責任においては、この損害賠償を通じて患者側の損害を補填させるとともに、ミスをすれば莫大な賠償金を払わなければなりませんから、今後はミスをしないように注意するという意味で、医療過誤を少なくする効果つまり抑

止効果があります。

(イ) 医療過誤の刑事責任

医療過誤のうち、特に悪質と認められるときには、懲役・禁錮や罰金といった刑事処分が科されることとなります。刑事責任が問題となるケースの代表的なもの是不注意で患者を死なせたり傷害を与えたりした場合でありまして、刑法二二一条の業務上過失致死罪として、五年以下の懲役・禁錮または一〇〇万以下の罰金に処せられます。もともと、刑事処分の過去の事例を見ますと、薬の取り違い、患者の取り違い手術、血液型を間違えて輸血した場合のような重大なミスに限られており、事件数も年間二―三件に留まっております、ごく少数であります。なお、刑事処分が適用される場合は、先程説明した民事責任としての損害賠償の請求がなされるのが普通です。

(ウ) 医療過誤の行政処分

行政上の処分は、厚生労働省が設置しております「医道審議会」が行う制裁ですが、医師の医業停止、免許取消などの処分権限を持っています。医療ミスを犯したことを理由とする行政処分は、かつては原則として一年間の医業停止でありましたが、近年では、三月から六月が原則となり、数も少なく、年間数件に留まっているようです。したがって、医療ミスを抑止する方法として最も有効なのは、民事責任の追及であるということです。

Ⅲ 個人主義と自己決定権

医療における新しい人権の課題に入る前に、あらゆる人権の基礎にあるものとして健康権についてお話ししました。健康権を根拠として、国は医療設備や医療関係者を整備し、国民の医療の要求にこたえる義務があることを明らかにした訳ですが、その医療を受けるかどうかについて登場しましたものが、患者の自己決定権の問題です。ここ数年前から

「自己決定・自己責任」という言葉がメディアなどで使われるようになったと思いますが、それでは、そもそも自己決定権とは何でしょうか。

(1) 自己決定権の意義

後で詳しくお話しますが、自己決定権とは、一口で言いますと、自分の生き方や生活は自分で決め、嫌なことは拒否し、自分にとって良いものを自ら選択する権利ということです。ご存知のように、日本の医療の伝統は、「医は仁術」ということでありまして、医療は「人命を救う博愛の途」と考えられてきました。弱い立場の患者のために、患者本人の意思とは関係なく「患者を助ける」、つまり救済するというのが医者役割であると考えられてきたのです。医療の現場では、今でも医者を先生と呼び、患者は、言われたとおりに唯々諾々として医師に従うのが普通のです。いわゆる医療におけるパターンナリズムですね。このような、人助的な医療の中に自己決定権の考え方が入って来る余地はありませんでした。

患者自身の意思や主体性が問題となったのは、一九六四年、昭和三九年の東京オリンピック開催の頃からでありまして、新しい憲法ができて二〇年近く経過し、国民の間で生命・健康に対する権利意識が高まり、とくに一九六一年に国民誰もが健康保険に加入する国民皆保険制度が成立して、病院に訪れる人が急激に増え、医者は忙しさにかまけて官僚的になるなど、医師不信が時代の風潮となってまいりました。

(2) 個人主義と幸福追求権

只今申したような社会の風潮の下に登場したのが自己決定権です。この自己決定権は、先ほど触れた憲法二三条の解

釈として提唱されたものですが、憲法一三条は、冒頭で「すべて国民は、個人として尊重される」と書いています。明治憲法時代の天皇主義、国家中心主義の国の在り方、国の形を一八〇度変えて、個人主義の国とすることを宣言した規定です。つまり、国家中心主義または天皇中心主義の国家を一八〇度転換して、個人を中心とする国、個人主義・国民主権の国に改めたのです。ここで個人主義と申しますのは、「人間社会におけるあらゆる価値の根源は個人にある」と、何にも勝って個人を尊重するという原理」のことです。ここで「個人」としていますのは、人間一般とか人間性といった抽象的な人間ではなく、具体的な現に生活している一人一人の人間であることを示す趣旨からです。

この個人主義は、一方において、他人の犠牲において自己の利益を主張しようとする利己主義に反対します。また、他方において、全体のためと称して個人を犠牲にする全体主義を否定し、すべての人間を自主的な人格において平等に尊重しようとする原理であります。そして、憲法一三条は、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と続けています。ここで「幸福追求に対する国民の権利」としていますのは、幸福追求権を認め、それを最大限に尊重するという趣旨であります。なお、個人は幸福追求のためであれば何をして良いという訳では勿論ありません。「公共の福祉に反しない限り」という条件の範囲内で幸福の追求ができるということですが、この点は、後でもう少し詳しくお話します。

(3) 幸福追求権と自己決定権

只今申しましたように、日本国憲法一三条は、個人主義に立脚した幸福追求権を規定しており、全体主義、天皇中心主義の国ではないことを明らかにしました。個人主義は利己主義に通ずるといった批判は間違っていますし、数年前に作った自民党の憲法改正草案は「個人として尊重される」という文言を「人間として尊重される」と改めています。

これは、個人主義に反対する立場を踏まえた案と考えて差し支えないと思います。

さて、個人主義のいう「何にも勝って個人を尊重する」ためには、人間の根本的な欲求である「幸福の追求」を最大限尊重する必要があります。よく引き合いに出される言葉、スイスの聖人といわれた、「眠られぬ夜のために」の著者であるカール・ヒルティは、「人が意識に目覚めた最初の時からその終わりに至るまで、最も熱心に追求して止まないものは、実にただ幸福の感情だけである」と断言しましたが、幸福の追求こそが人間としての最高・最大の願いであり、したがって、今日の医療も、あくまでも個人主義に立脚した幸福追求の方法・手段として不可欠の価値があるということとでなければなりません。その幸福追求権の核心となりますものが、自己決定権です。

IV 医療における自己決定権

(1) 医師と患者の関係

只今、幸福追求権の核心は自己決定権であると申しましたが、それでは、医療における自己決定権とは何でしょうか。自己決定権と申しますのは、先ほど触れましたように、「自分の生き方や生活について、自由に主体的に決める」、言い換えますと、人生いかに生きるべきか、どのような幸福を求めて生きて行くかについて、自ら主体的に決定する権利ということです。なお、憲法学者の中には、自己決定権のことを「人格的自立権」としている方がいます。人格的自立権は、英語の「Personal Autonomy」の訳語と思いますが、私は「自らの生き方は自ら決める」という趣旨で「Self-Determination」の訳語である自己決定権を用いることにします。ともあれ、医療における人権の最も大切な点は、この自己決定権を前提とした医療でなければならないということです。このことが、医療における人権のキー・ポイント

です。

しかし、先程も指摘しましたように、日本の医療の伝統は、「医は仁術である」すなわち「人命を救う博愛の途」であり、弱い立場の患者のために本人の意思とは関係なく救済し、支援するのが医師の役割であると考えられてきました。そのような人助的な医療の中に自己決定権の考え方が入りうる余地はありません。患者の意思や主体性ということが自覚されるようになりましたのは、ようやく一九七〇年代のことです。

それまでの医療は、まさに、医者の言う通りの診療でした。しかし、個人主義に基づく人権感覚が市民の間で芽生え始めて、医者と患者の関係は独立した対等の法律関係にあり、患者は医者に診察・治療してもらい、その仕事に対して賃金を払うのに対応して、医者は頼まれた診療を医学に則って適切に行う義務があるという契約関係に立つことが自覚されるようになりました。それを象徴的に物語っていますのが、これからお話する二つの裁判例です。

(2) 乳腺症摘出事件と舌癌事件

一つは、一九七一年の乳腺症摘出事件です。女優である患者が、左右の乳房の診察を受けたところ、医師は、右の方の乳房に乳腺癌が認められると診断して、女優さんに右乳房全体を早急に摘出する必要があると説明して手術を勧めました。女優さんは乳房の摘出に同意し、医師はその摘出手術をしたのです。そこまでは良かったのですが、その医師は、未だ患者の麻酔が覚めない間に、左の方の乳房が気になったので検査をしたところ、乳腺症があることに気付き、将来癌になる虞があると判断しまして、直ちに左乳房も摘出したのです。ところが、麻酔から覚めた女優さんは、左の方も摘出するとは思ってもみなかったと憤慨し、東京地方裁判所に精神的打撃を被ったことを理由に、損害賠償の裁判を起こしたのです。裁判所は、左の乳房を手術するについては、患者に十分説明をした上で同意をとり、その上で手術をす

べきであったとしまして、一五〇万円の慰謝料の支払いを命じたのです。医者は、左右の乳房とも治療としては問題なかったのに裁判で負けてしまったのです。

もう一つの裁判は、一九七三年の舌癌事件ですが、患者は、舌の状態の異状を訴えて医師に診察を求めたところ、その医師は悪性の舌癌であると診断し、本人には病名は告げないで、舌の切除が必要であると説明しました。ところが患者は、舌を切り取ってしまうと咀嚼もできなくなるので、絶対に手術は受けないと手術を拒んだのです。心配した患者の家族は、別の病院で患者を診察してもらいました。当然のことながら、そこでも同じ診断が下され、家族に舌の切除を勧めました。その家族は、患者は舌の切除手術を拒否していると申しますので、医師は、病気が潰瘍なので局部を焼き取ると騙して、ようやく手術を納得させ、舌の約三分の一を切除してしまったのです。それを知った患者は非常に憤慨し、自分は舌を切りとることに同意していないとしまして、一〇〇万円の慰謝料を請求して裁判所に訴えました。裁判所は、「患者の意思があいまいで、いずれとも判断できない場合ならともかく、手術を拒否していることが明らかな場合にまで、医学上の立場を強調することは許されない」という理由で、患者に三〇万円の慰謝料の支払いを命じたのです。

(3) インフォームド・コンセント

只今の二つの判決は、診察や治療は適切に行われていて、その限りでは患者の利益となっているが、患者本人が治療に同意していないかぎり、その医療行為は違法であるという理由で、慰謝料の支払いを命じたもので、これまでの裁判例にない画期的な判決として注目されました。つまり、裁判所は、治療自体は適法であるが、同意がないことを理由に違法とし、患者は物的な損害でなく、精神的な苦痛を受けたものとして、慰謝料の支払いを命じたのです。

これら二つの判決は、患者には、手術を受けるか、拒否するかを自ら決める権利つまり自己決定権があり、その権利の侵害を理由として慰謝料を認めた画期的なものでした。この判決を契機として、医者診察・治療には、必ず患者の同意が必要であり、同意のない医療行為は違法であるという「自己決定」のルールが確立することになったのです。これを同意原則といいます。

ところで、患者が同意するためには、医師の方から、どのような手術をするか、失敗する危険はないか、痛くないかといった診療の内容について、医師からの説明が不可欠です。つまり、治療を行う場合、医者は、患者にとって大切なことを、患者が理解できるように十分説明し、その上で患者側の同意を得る必要がある。これを「医師の説明と患者の同意」、英語では、インフォームド・コンセントといいます。患者の自己決定権を保障するためには、医者からの十分な説明を受けたうえでの患者の同意が不可欠であるということを十分自覚しておく必要があります。

(4) 輸血拒否事件と説明義務

自己決定権の問題と関連して、最高裁判所の興味深い判例があります。どんな場合でも輸血を受けることを拒否するという信念を持っていた患者の事件ですが、その人はいわゆる「エホバの証人」の信者でした。エホバの証人と申しますのは、「ものみの塔」聖書協会と称するキリスト教系の新興宗教団体でありまして、その信者は、輸血拒否を信条としています。

原告はエホバの証人の信者であるが、肝臓病にかかり手術を受けることになり、担当の医師に対して、あらかじめ「自分は輸血を絶対に拒否する」と意思表示をしていたのですが、その医師は輸血以外に救命手段がないときは輸血するという病院の方針に従い、患者本人の断りなしで患者に輸血をしたのです。その結果、患者は助かったのですが、患者は

自分の意思に反して輸血されたとして人格権の侵害を理由に、病院を相手に慰謝料を請求したのです。最高裁判所は、「手術の際に輸血を必要とする事態が生ずる可能性があることを説明しておくべきなのに説明しないまま輸血をしたのは、説明義務に違反している」という理由で、慰謝料の支払いを命じたのです。

このように、十分に説明した上での同意、いわゆる同意原則は、今日の医療のルールとして法律上は確立したものとなっているのですが、医療に関連する訴訟事件の半数近くは説明義務違反事件でありまして、診療の現場では、インフォームド・コンセントの原則が無視されているようです。医師が十分な説明をしないで、一方的、独善的に診療を行っている事案が多いようです。もともと、インフォームド・コンセントを巡りましては、患者に癌の告知をすべきかどうか、あるいは診療についてどの範囲で説明をすべきか、交通事故などで意識を失っている患者について同意が必要かといった点で、難しい問題がありますが、今日は、時間の都合でここでは割愛することにします。要は、医療における患者の自己決定は、幸福追求権に係る人権問題として、見過ごすことが許されない課題だということを自覚して戴きたいのです。

V 先端医療と人権

(1) 先端医療と人権問題

以上、医療における人権問題につきまして、これまで余り問題とならなかった幸福追求権に基づく自己決定権の侵害について考えてみました。同じような問題は、実は、先端医療についても浮上しています。

先端医療と申しますのは、これまで使われなかった高度の医療技術を駆使して診療に当たる医療の分野をいいます。

最初に問題になったのは、心臓移植を初めとする移植医療ですが、今日では、体外受精等を中心とする生殖補助医療、ノーベル賞を受賞した京都大学の山中伸弥教授によるIPS再生医療、そして脚本家の橋田寿賀子さんと同志社大学出身の筒井康隆さんなどを巻き込んでいる終末期医療問題などが含まれます。

すでにお分かりのように、それぞれの先端医療は、患者にとって生死にかかわるものなど、人生行路を歩む上で大きな問題となるものですから、それを受けるかどうかは、これまで検討してまいりました自己決定権に大いに関係します。特に生殖補助医療は、子が欲しい夫婦にとっては大変な福音となつて、これまでもいろんな形や方法で実用化されています。しかし、人工的に妊娠させる医療は、「人間が神を演ずる」ものとして、人間の尊厳にかかわり、道徳的・倫理的に許されないとする意見も有力であり、肝心の産婦人科のお医者さんの学会でも、これからお話しする代理母などに反対しているのです。

皆さんも含め、生命を人工的に誕生させ、あるいは、自然の死を人の手で短縮することについては、生命倫理ないし人間の尊厳に反するから、倫理的に許されないとする考え方は根強いものがあります。マスコミも、先端医療について報道するときは、必ずと言ってよいほど「倫理上問題が残る」といったコメントをするのが普通です。

それでは、先端医療が社会で許されないのは、どういう場合なのでしょうか。それに答えるのに一番適切なものは生殖補助医療であると考えますので、生殖補助医療を検討しながら、それ以外の先端医療を含めた人権問題を考えてみることにします。

(2) 生殖補助医療の諸形態

生殖補助医療を学術的に申しますと、「生物学的なヒトの発生及び出生に、人為的または人工的に介入して、子の出

生を操作する医療技術」のことです。この生殖補助医療にはいろんな形態がありまして、大きく人工授精と体外受精に分かれます。人工授精と申しますのは、男女の性交以外の方法で男性の精液を女性の生殖器に注入する方法で受精させる方法でありまして、日本では一九四九年に初めて実施され、現在は一万数千人の人工授精児がいるとされておりますが、今日は時間の都合で体外受精によります代理出産に限ってお話することにします。

さて、体外受精と申しますのは、一口で言いますと、女性の卵巣から卵子を取り出し、試験管の培養液の中で男性の精子を受精させ、受精した卵（胚）を子宮に移植して出産させる治療のことをいいます。この体外受精は、これまでも、妊娠できない夫婦つまり不妊夫婦の不妊治療として、夫の精子と妻の卵子を使つて体外受精を行い、その受精卵を妻の子宮に移植するものとして行われてきましたが、この場合、産婦人科のお医者さんから、治療の身を十分説明してもらい、夫婦が同意して出産に漕ぎ着けた以上、インフォームド・コンセントに基づく医療として法律上の問題はなく、また、生まれてきた子は遺伝的・血縁的に夫婦の子でありますから、自然に出産した子と変わりはありません。したがって、治療としても、また、人権上も全く問題なく、生まれた子は、夫婦の子、つまり嫡出子として、戸籍上も受理してもらえます。

問題は、次の三つの体外受精のケースに起こります。一つ目は、夫婦の精子と卵子を使つて体外受精させ、その受精卵つまり胚を妻以外の女性の子宮に移植して出産してもらう場合です。いわゆる「借り腹」です。二つ目は、夫の精子を使い、妻以外の女性の卵子で受精させ、その女性の子宮に移植して出産を迎える場合です。夫婦で外国に行き、体外受精で生まれてくる子は、ほとんどがこのケースによるものです。三つ目は、夫以外の男性の精子と妻の卵子で受精させ、妻が出産する場合でありまして、これら三つの場合の扱いをどうするか、当面の問題であります。どのケースも産婦人科のお医者さんの十分な説明を受け、夫婦が完全に同意して体外受精が実施され、生まれてきた子を自分たち夫

婦の子として扱おうとするものです。

(3) 体外受精と卵の母・子宮の母

只今の三つの形態のうち、夫婦の受精卵・胚を他の女性の子宮に移植し、その女性に産んでもらい、生まれた子を夫婦が引き取る借り腹の場合、その子は遺伝的には夫婦の子ですから、夫婦の子として出生届けをして戸籍係に受理してもらえるはずだと思うのですが、実は、これが厄介でありまして、東京高等裁判所は、嫡出子として戸籍上出生届を受理すべきだとしたのに対し、最高裁判所は、「子を懐胎・出産していない女性との間には、その女性が卵子を提供した場合であっても、母子関係の成立を認めることはできない」としました。「子を産んだ者だけが母親である」、つまり子宮の母だけが法律上の母であるという考え方を貫いたのです。この裁判を争った夫婦は、結局、特別養子制度の下で、養親としての扱いを受けたのです。

しかし、特別養子制度は、家で虐待を受けているような不幸な子供の福祉のために家庭裁判所が認める制度ですから、夫婦の遺伝子をもった肉親として子供の親になりたいと願っている先程の夫婦が満足するはずはありません。私は、とりあえず、配偶者間の精子・卵子による体外受精の代理出産を、速やかに法律上嫡出子として公認すべきであり、子宮の母だけが子の母と考える最高裁判所の考え方は改めるべきであると思っています。これまで問題としてきた人権の理念としての幸福追求権の観点から、民法を改正して、法律上の母親を卵の母とするか子宮の母とするかを、真剣に議論して欲しいのです。

では、先程の二つ目の場合、夫の精子を使い妻以外の女性の卵子で受精させ、その女性が出産した場合はどうでしょう。体外受精の件数としてこの場合が一番多いのではないかと推測されますが、夫婦間および第三者の女性との間に

完全な合意ができており、治療する医師もインフォームド・コンセントのもとに体外受精の治療を行った場合、これを夫婦の子としても問題はないのではないかと思います。また、三つ目のケース、つまり、夫以外の男性の精子で妻の卵子と受精させ、妻の子宮に移植して、そのまま妻が出産した場合、形としては、性交以外の方法で男性の精液を女性の生殖へ注入して受精させる人工授精と同じでありまして、夫が生まれてきた子を認知している以上、法律的な問題はないはずです。

以上、体外受精として法律上問題になる三つの形態について検討した次第ですが、結論的に、三つとも配偶者間で合意の下に行われる場合は、夫婦間の子供として法的地位を認めるべきであるというのが、私の結論です。最高裁判所は、「医学的な観点からの問題、関係者間に生ずることが予想される問題、生まれてくる子の福祉の問題」などにつき、慎重な検討が必要であるとし、その点が解決しない限り子宮の母が法律上の母とすべきだとなりましたが、私は、夫婦間でどちらかの遺伝的なつながりのある子を持ちたいという願望については、幸福追求権を踏まえて法律的な対応が必要であると思っています。世界人権宣言におきまして、「青年の男女は家庭を作る権利を有する」(一六条)とされ、国際人権規約では、「婚姻をし、かつ家族を形成する権利」を基本的人権として認めているところでありまして、不妊夫婦の子を持ちたいという願いは、積極的に認めるべきであると思っています。日本学術会議や厚生労働省は、平成一七年の最高裁判決以来、法改正に取り組んでいるようですが、速やかに結論を出してほしいところです。本日を受講生の皆さんにも、ご自分や子孫の問題として真剣な検討をお願いしたいところです。

VI 幸福追求と公共の福祉

(1) 憲法一三条と公共の福祉

只今、体外受精について早く結論を出してほしいと申しましたが、私は、法改正は容易に進まないのではないかと危惧しています。と申しますのは、生殖補助医療は、倫理上問題があるので認めるべきではないという意見は、産婦人科のお医者さんの団体である産科婦人科学会や宗教団体におきまして、なお、根強いものがあるからです。フランスやドイツでは、キリスト教の考えかたで代理母を認めないのですが、日本では、子は夫婦の自然な交わりから生まれるべきであり、他人のお腹を借りてまで子を作るというのは人間として許せない、という生命倫理上の問題としての反対論が有力であり、借り腹、代理母に対する見方は、かなり厳しいものがあります。

しかし、憲法の個人主義に基づく幸福追求権、そして自己決定権を最大限尊重する立場からすると、夫婦の間で十分に話し合い、完全な合意の下に行われる体外受精であるならば、法律上当然に認められてしかるべきであり、これを倫理上問題があるとか、「体外受精までして子は欲しくない」といった個人的な考え方、価値判断で反対するのは、妥当でないと考えるのです。体外受精を法律的に禁止できるとすれば、日本国憲法を根拠とするものでなければなりません。そこで、もう一度憲法一三条に戻ってみますと、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする」と書いてあります。これによりますと、「公共の福祉に反しない限り」、自己決定権に基づく体外受精は最大限尊重されるということになる筈です。

それでは「公共の福祉に反しない限り」という場合の「公共の福祉」とはどういう意味でしょうか。憲法学者の間ではいろんな意見があるようですが、これを文字通りに理解しますと、「社会一般の人達の個人としての幸せ・幸福」と

いうことですね。憲法の個人主義に立脚して考えますと、「公共の福祉」とは、具体的な個人一人一人に共通する幸福、あるいは利益のことであると考えなければなりません。

今、問題としております体外受精について申しますと、倫理的に問題があるという場合、「生命倫理」として、言い換えますと、「子は天からの授かりものであり、生殖を人の手で左右すべきではないという考え方」を基礎としているのですが、そうすると、公共の福祉とは、「倫理」つまり「人間としての生き方」ということになるはずです。しかし、体外受精が人間として許されるかどうかは、一人一人のモラルないし価値観の問題であり、それを他の人、あるいは社会全体に強制するのは、独善的であります。

大切なのは、体外受精でどういう弊害が具体的に生ずるかということであり、それが夫婦の幸福に結びつく以上、その人の自己決定を非難することは許されないと思います。つまり、一人でも多くの人に幸せをもたらすものである以上、幸福追求を妨害してはならない。別な言い方をしますと、「それを制限することによってもたらされる利益と、それを制限しない場合に維持される利益とを比較して、制限しない場合の方の利益が高いと判断される場合」には、それを規制すべきではないと考えるのです。

日本は不妊治療が盛んな国であり、二〇一五年の統計を見ますと、新生児の二〇人に一人、約五万人が体外受精で生まれたとされています。こうした実態から判断し、倫理的な観点から法律で禁止するといったドイツやフランスのやり方は、夫婦の幸福追求権、自己決定権の侵害というべきで、憲法上も問題があります。ただ、ここで一つ気になることは、生まれてくる子の福祉の点であります。特に、「父母を知る権利」つまり「出自を知る権利」の問題です。先ほど指摘しました人工授精は、随分古くから実施されてきましたが、これまで余り問題にされませんでした。しかし、一九九六年に「児童の権利に関する条約」が締結されてから、子の出自が問題となり、二〇〇六年には、日本産科婦人科学

会は、生まれてくる子の「父母を知る権利」を保護するために、「医師は精子提供者の記録を保存しなければならない」としました。厚生労働省の審議会では、第一に、精子などの提供者の個人情報をも公的機関で八〇年間保存する、第二に、子は一五歳になると親に関する情報の開示を請求できる、第三に、情報の開示によって予想される問題や影響について、当事者の相談に応じる公的機関を設置するといった案を示しています。国は、多数の体外受精児が生まれているという現状を踏まえ、いたずらに問題を先送りしないで、体外受精を法的に認め、速やかに「出自を知る権利」について法的措置を講ずべきです。

(2) 人間の尊厳と個人の尊重

最後になりますが、生殖補助医療に賛成しない人たちの多くは、憲法二三条の「すべて国民は、個人として尊重される」という規定の意味を、「人間は尊くおごそかな存在である。だから個人として尊重されなければならない」というように、人の生死は天の神様だけが左右できるといったヨーロッパのキリスト教的な価値観を根拠としているように思います。

しかし、「個人として尊重される」というのは、「一人一人は、個人として、何にも勝って大切にされなければならない」という意味であり、医療における人権においても、個人主義、幸福追求権、そして自己決定を中心に解決すべきであると考えます。

以上、「医療と人権」についてお話ししましたが、終わりに、人権問題における「人権」は、何よりも先ず日本国憲法の定めている人権、特に幸福追求権を軸として考えるべきであり、現在の日本の法律を見ますと、最近の安全保障関係の立法は別として、大方は、憲法の個人主義に立脚した法体系になっているように思います。しかし、新しい人権問

題、殊に終末期医療や生殖補助医療については、生命倫理といった実証できない観点からの反対論が幅を利かせているように思えてなりません。その意味で、新しい人権を問題とする場合、何よりも現行憲法の価値観を踏まえ、個人主義、幸福追求権そして自己決定の考え方を徹底し、市民一人一人がこれを守り、享有する必要があると考えています。以上をもちまして、私の講演を終わります。ご清聴ありがとうございました。

（本稿は、二〇一八年一月二日に京都市で開催された「人権大学講座」の講演に若干の修正を施したものである。）